

*Mandado de Segurança contra ato da Prefeitura de Volta Redonda em razão da instalação de câmeras de vídeo em locais estratégicos da via pública com o fito de cuidar do trânsito e da segurança local. Ausência de ameaça à privacidade dos indivíduos.*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
11ª. CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível N° 2002.001.03327

Apte 1: *Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Volta Redonda*

Apte 2: *Prefeitura de Volta Redonda*

Adpos: *Os mesmos*

*Colenda Câmara,*

PARECER

Trata-se de mandado de segurança coletivo preventivo impetrado pela OAB, 5ª. Subseção de Volta Redonda, contra a Prefeitura de Volta Redonda, pois através da instalação de câmeras de vídeo em locais estratégicos da cidade — com o fito de cuidar do trânsito e da segurança pública—, no ver da impetrante, a Prefeitura ameaça a privacidade, liberdade individual e direito de imagem dos indivíduos. Com isso, estariam sendo violados direitos individuais, ferindo-se, portanto, direito líquido e certo dos cidadãos, razão da impetração do *writ*, ante a flagrante nulidade desses atos.

No decorrer do *mandamus*, o pedido de liminar foi primeiramente acolhido às fls. 26, e posteriormente revogado, por decisão acostada às fls. 39/41. Mais adiante, às fls. 85/86, foi a liminar restaurada. Ainda sobre a liminar revogada, em nova decisão ( fls. 88), modificou-se a decisão anterior, deferindo-se apenas em parte a liminar pleiteada.

O MP se pronunciou às fls. 117/127 pela declaração da ilegitimidade do impetrante e, no mérito, pela denegação da ordem, em parecer da lavra do Dr. Marcelo Daltro Leite, que, por suas bem fundadas razões, passa a fazer parte integrante deste.

A sentença de fls. 168/170 considerou ter legitimidade ativa a OAB e, no mérito, concedeu a segurança em parte, para que a fiscalização pelas câmeras seja feita somente com o fito de fiscalizar o trânsito, já que este ato não se mostra ilegal nem abusivo, inserindo-se nos limites da discricionariedade do Administrador Público. No seu entender, o mesmo não ocorreu com a utilização das câmeras para os fins de segurança pública, apesar do convênio realizado com a PM, eis que estaria sendo violada a repartição constitucional de competência que reserva ao Estado a segurança coletiva, diante da ação do

Município. (CF art. 21 a 29 e art. 30, I).

O 1º Apelante *quer modificar em parte* a r. decisão, como se vê de suas razões de fls. 176 e seguintes, para que a ordem seja concedida na sua totalidade. Alega, em síntese, que continua sendo violado o direito à intimidade, à privacidade e à imagem com o resultado da r. decisão.

Por seu turno, o 2º Apelante volta a levantar a questão preliminar relativa à ilegitimidade ativa da impetrante, e no mérito, *quer a denegação da segurança*, por entender que a instalação das câmeras, para o fim colimado, está dentro de sua esfera de atuação, não ferindo os direitos do cidadão.

Contra-razões da OAB, fls. 208/213.

Manifestação do Ministério Público, às fls. 215/216, pela denegação da segurança, nos termos do parecer anteriormente exarado, de fls. 117/127, que já faz parte deste parecer, na forma acima.

### **É o relatório.**

Primeiramente, o presente recurso deve ser conhecido, eis que presentes os requisitos para sua admissibilidade, além de ser tempestivo.

No mérito, somos pelo *desprovimento do 1º apelo e provimento do 2º*, para que aceita a preliminar, *a ação seja extinta*, e se ultrapassada esta, no mérito, para que *a segurança seja denegada*.

E assim o fazemos pelas razões abaixo:

#### **I.1. A INADEQUAÇÃO DA VIA ESCOLHIDA PARA A DISCUSSÃO QUE SE APRESENTA SOBRE A EFICÁCIA DE UM DIREITO FUNDAMENTAL**

Pretende a OAB defender os interesses de seus membros contra o ato da Prefeitura. Todavia, os direitos ditos violados integram o patrimônio de **todos** os indivíduos na sociedade, sendo de caráter difuso e insuscetível de defesa pela via mandamental.

Com relação à esse tema, veja-se como já decidiu o STJ:

#### **“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Acórdão:** MS 2201/DF (199300006398)

**46164 Mandado de Segurança**

**Decisão:** Por unanimidade, julgar extinto o processo.

**Data da decisão:** 31/08/1993

**Órgão julgador:** - Primeira Seção

#### **EMENTA**

**Mandado de Segurança com vistas a anular ato ministerial de alteração definitiva de itinerário de linha de transporte rodoviário. Falta de legitimidade ativa ‘ad causam’ para impetração.**

O **mandado de segurança** visa a proteger direito subjetivo próprio, líquido e certo e não a **interesses difusos**. **Mandado de Segurança** julgado extinto sem julgamento do mérito. (Art. 267, inciso VI do CPC).

**Relator:** Ministro José de Jesus Filho

**Fonte: DJ Data:** 20/09/1993 p: 19131

#### SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Acórdão:** ROMS 9729/PR (199800324950)

415435 Recurso Ordinário em **Mandado de Segurança**

**Decisão:** Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas: Decide a egrégia Primeira Turma do **Superior Tribunal de Justiça**, por maioria, vencido o Senhor Ministro José Delgado, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Senhores Ministros Francisco Falcão e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro José Delgado.

**Data da decisão:** 19/09/2000

**Órgão julgador:** - Primeira Turma

#### EMENTA

**Mandado de Segurança. Processual Civil. Apresentação de Documentos.**

**Direito Subjetivo Individual. Interesses Difusos e Coletivos.**

**Constituição Federal (art. 5º, XXXIII, XXXIV, LXIX e LXX). Lei 4.717/65 (art. 1º, §§ 3º, 4º e 5º). CPC, art. 130. Lei 7.347/85.**

1. **Mandado de Segurança** sob a áurea de direito individual líquido e certo, com o fito de adiantar prova documental pontuada como útil à instrução de Ação Popular, não é portal para substituir meio processual ordinário. Agrega-se que os direitos **difusos** e coletivos têm sobreguardas específicas (ações popular, civil pública e cautelar).

2. Não edificado o direito individual líquido e certo,

o *mandamus* não emoldura o sucesso da pretensão concretamente deduzida.

3. Recurso sem provimento.

**Relator:** Ministro Milton Luiz Pereira

**Fonte:** DJ Data: 18/02/2002 p: 00237 "

O mandado de segurança exige a prova cabal do *direito líquido e certo* com relação aos fatos. Se não estiver instruído com prova pré-constituída, condição que é imposta pela lei, não há que se falar em direito líquido e certo. É a tese processual de que a caracterização do *direito líquido e certo* se dá se os fatos puderem ser comprovados, de forma incontestes, no processo.

Ora, no caso em tela, temos apenas a prova da existência das câmeras e a descrição de sua utilização para uma determinada finalidade. Não há, todavia, nos estreitos limites do *writ* — que não contempla fase instrutória—, como proceder à verificação de que a mera instalação dessas câmeras acarreta a violação de direitos alegada. Desta forma, são insuficientes os elementos constantes dos autos para dar a certeza e liquidez ao que se quer comprovar no *mandamus*, que deveria ser obtido *prima facie*.

Embora a complexidade da matéria jurídica, *de per se*, não afaste a liquidez e a certeza do direito, também é certo que a violação de um direito fundamental exige a utilização de uma hermenêutica constitucional argumentativa, que demonstre, na evidente colisão existente entre os princípios em causa — a liberdade individual e a proteção à privacidade x a garantia de segurança pública —, qual desses direitos deve prevalecer no caso concreto. Mas para a utilização da ponderação, mister ter em mãos mais elementos fáticos para a sua realização, o que não ocorreu nos autos. Assim, não há como determinar a existência de *direito líquido e certo comprovado de plano* como se pretende nesta via, sendo esta, portanto, inadequada.

## I. 2. A ILEGITIMIDADE ATIVA DA OAB

No que diz respeito à questão da ilegitimidade ativa da OAB existe, ainda, um óbice que não foi levantado. Além da ausência de interesse, temos que a teor do disposto no art. 5º., XXI da CF — que atribui às associações a representação dos interesses da categoria—, a estas é facultado demandar no interesse de seus associados, desde que se trate de *providência de caráter coletivo*, que alcance a todos indistintamente. Não se cuida de beneficiar este ou aquele associado, mas a categoria como um todo. Este não é, à toda evidência, o objeto deste *writ*, que quer alcançar toda a coletividade, e não apenas os advogados inscritos na OAB.

Sem mesmo adentrar nesta ordem de considerações, a respeito da adequação da tutela coletiva e do próprio interesse de agir, *há necessidade de autorização expressa* para representação judicial dos associados, através de ato da

assembléia, investida de poderes para tanto, o que não consta dos autos.

A questão vinha sendo decidida neste sentido de forma uníssona pelo Superior Tribunal de Justiça, valendo citar decisão daquela Corte:

*“Processual Civil. Mandado de Segurança Coletivo. Requisitos. Art. 5., XXI, CF. - Carecê de legitimidade para representar seus filiados juridicamente a associação que não tem autorização ou mandato outorgado por aqueles. - Precedente. (Decisão: 26.10.1994 Proc. no.1360/91-MG 2ª Turma DJ 12.12.1994 p. 34335 Rel. Min. Americo Luz)”*

E nesse sentido, também este E. Tribunal:

*“Processo : 2000.004.00436*

*“Mandado de Segurança coletivo e preventivo. Impetração por sindicato de classe. Abstenção da prática de ato administrativo pelo Chefe do Executivo Municipal. Cumprimento do disposto em lei promulgada pela Câmara de Vereadores. Ilegitimidade ativa do impetrante e passiva do impetrado. Descabimento da via contra lei em tese. Preliminares acolhidas. Extinção do processo sem exame do mérito.*

I - Não exibindo a entidade sindical expressa autorização de seus filiados (CF - Art. 5º, XXI), bem como a ata da Assembléia Geral que lhe conferiu poderes específicos para a demanda, inobstante a existência de previsão genérica em seu estatuto, não tem a mesma legitimidade para atuar como substituto processual daqueles filiados em mandado de segurança coletivo e preventivo, conforme recente entendimento proclamado pelo STF e precedentes do STJ.

II - De outro lado, se a abstenção da prática do ato que se almeja, cuja ocorrência desde logo se impugna, em virtude do justo receio de tornar-se concreto, não seria da atribuição direta da autoridade apontada como coatora, falece a esta, do mesmo modo, legitimidade para integrar o pólo passivo da impetração.

III - Imprópria, ademais, é a via mandamental para investir-se contra lei em tese (Súmula 266 do STF), sobretudo se o diploma legal alvejado não consubstancia ato administrativo de operatividade

imediate, mas sim necessita da edição de outro demonstrador da individualização de seus efeitos.

IV - Assim, tratando-se de mandado de segurança coletivo e preventivo, impetrado por Sindicato de Exibidores Cinematográficos, com base territorial em Município, objetivando que o Chefe do Executivo Municipal abstenha-se de determinar a aplicação e fiscalização do cumprimento, pelos seus filiados, do disposto em lei vetada por aquele e promulgada pela Câmara de Vereadores, diploma esse que instituiu o uso obrigatório de aparelhos detectores de metais nas portarias de acesso dos estabelecimentos que menciona, dentre os quais cinemas, evidente é a ilegitimidade ativa do impetrante e passiva do impetrado como também descabe a via eleita para atacar lei em tese, do que resulta, nessa hipótese, que extinto deve ser o processo, sem exame do mérito a teor do artigo 267, VI do CPC"

**Tipo da Ação:** Mandado de Segurança

**Número do Processo:** 2000.004.00436

**Data de Registro:** 09/11/2000

**Órgão Julgador:** II Grupo de Câmaras Cíveis

**Votação:** Des. Antonio Eduardo F. Duarte

**Julgado em** 19/12/2000

Posteriormente, na esteira da orientação da jurisprudência, a norma constitucional veio a ser regulamentada pela Lei n. 9.494/97 que, em seu art. 2º, parágrafo único, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.102-29, de 28/3/2001, assim dispôs:

"Nas ações coletivas propostas contra entidades da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços."

Como se vê dos documentos acostados aos autos, não se procedeu a essa autorização, nem consta a relação dos associados, impondo-se a *extinção do feito sem julgamento de mérito*, por carência de ação.

E por fim, de destacar a *ausência da legitimidade ativa da OAB* para, em sede de mandado de segurança coletivo, defender direitos que afetam toda a coletividade, e não apenas os seus associados. É verdade que lhe cabe, na forma

do art. 103 da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, caso em que o STF entende ser plena a legitimidade da OAB. Mas este não é o caso dos autos, porque na ADIN atua como guardião da ordem jurídica e não como entidade de classe, enquanto no mandado de segurança coletivo atua na defesa dos interesses ou direitos da categoria dos advogados e não da coletividade como um todo. Esta a razão pela qual aqui sua pretensão não pode prosperar.

## II. 1. O MÉRITO DO MANDAMUS

No entanto, se ultrapassado o exame das questões acima sem que se promova a extinção da ação, passamos a examinar o mérito da questão, desde logo expressando nosso ponto de vista de que, da análise da hipótese, melhor sorte não assiste ao mérito do pedido de *writ*, pelo que a **ordem deve ser denegada**.

Insurge-se a OAB contra a indevida ingerência da Prefeitura na vida privada dos cidadãos, através da instalação das câmeras na via pública. Estariam sendo violados direitos fundamentais.

Duas são as questões que se colocam:

1. Qual a maneira de se proceder à interpretação de direitos fundamentais?
2. Qual o grau do poder discricionário do Estado no que diz respeito às ações necessárias para o cumprimento de seu dever de prover a segurança pública?

### II. 1.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS, COLISÃO DE DIREITOS E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Nas bem lançadas palavras de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (in *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 1999, p. 55):

*“Praticar a interpretação constitucional é diferente de interpretar a Constituição de acordo com os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica, desenvolvidos, aliás, em época em que as matrizes do pensamento jurídico assentavam-se em bases privatísticas. A inteligência do texto constitucional também se dá, em um primeiro momento, recorrendo aos tradicionais métodos filológico, sistemático, teleológico etc. Apenas haverá de ir além, empregar outros recursos argumentativos (grifo nosso), quando com o emprego do instrumental clássico da hermenêutica jurídica não se obtenha como resultado da operação exegética uma “interpretação conforme à Constituição”, que é uma interpretação de acordo com as opções valorativas básicas,*

Assim, nos dias atuais, mister considerar a Constituição como um *sistema de regras e princípios*, distinguindo-se as primeiras dos segundos, pois só assim poder-se-á promover a correta aplicação de cada uma das partes desse sistema.

Antes de passarmos ao exame do caso concreto que se apresenta nestes autos, mister discutir previamente o que seja a nova *metódica jurídica*, cuja utilização se apresenta como crucial para a solução da hipótese *sub judice*.

Nas últimas décadas, este tem sido um dos campos no qual se observa o maior desenvolvimento na área doutrinária. Tanto a problemática da hermenêutica jurídica, como o desenrolar da vida concreta do direito – no âmbito do processo e da argumentação jurídica – despertam vivo interesse na comunidade dos operadores do direito. Através das obras tradicionais de KARL ENGLISH e, sobretudo, KARL LARENZ, encaminha-se o estudo privilegiando a ótica de análise retórico-argumentativa do direito. Esta abordagem, iniciada por CHAIM PERELMAN, e THEODOR DE VIEHWEG já nos anos cinquenta, recebeu, nos últimos vinte anos, grandes aportes, a partir, principalmente, das obras de RONALD DWORKIN, ROBERT ALEXY, MANUEL ATIENZA e, entre nós, TERCIO SAMPAIO FERAZ, ocorrendo uma verdadeira explosão teórica nesta área. <sup>(1)</sup> No tocante à perspectiva retórico-argumentativa de apreciação do fenômeno jurídico, assiste-se também à vinculação estreita entre o âmbito da metodologia jurídica e o pensamento constitucional. <sup>(2)</sup> A origem dessa discussão se situa no debate teórico-constitucional alemão, e foi introduzido na doutrina nacional por PAULO BONAVIDES – encontrando-se também consolidada em experiência jurídica muito próxima a nós com J.J. GOMES CANOTILHO, JORGE MIRANDA, VITAL MOREIRA e CASTANHEIRA NEVES.

Mas a pergunta a respeito do que seja “*argumentação jurídica*” <sup>(3)</sup>, muito bem colocada por MANUEL ATIENZA, <sup>(4)</sup> não é de fácil resposta, especialmente no

<sup>(1)</sup> Para melhor compreender esse cenário, veja-se MAIA, Antonio Cavalcanti, “Notas sobre direito, argumentação e democracia”, in 1988-1998, *Uma década de Constituição*, organização Margarida Maria Lacombe Camargo, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp.395/430.

<sup>(2)</sup> Veja-se, ainda, CAMARGO, Margarida Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação*, 2ª. ed., Revista e ampliada, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Teoria da Ciência Jurídica*, Ed. Saraiva, 2001.

<sup>(3)</sup> Especialmente cf. MAIA, Antonio Cavalcanti, “A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 8, 2000, pp. 267/282. Nesse artigo, o autor alerta para a crescente importância da análise das formas pelas quais as decisões jurídicas são justificadas em nome do direito. A motivação das decisões judiciais – um dos elementos essenciais do Estado democrático de direito e conquista da Revolução Francesa – exige atenção às práticas argumentativas. E explicando o que seja *argumentação* em PERELMAN, veja-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira, *op. cit.*, p. 142, em que o autor salienta ter dito PERELMAN que “como a argumentação visa obter a adesão daqueles a quem se dirige, ela é, por inteiro, relativa ao auditório que procura influenciar. Na realidade, o que a argumentação busca é “adesão dos espíritos”, “persuadir por meio do discurso”. PERELMAN entende que a fundamentação das conclusões seja apoiada em pontos de partida compartilhado pelo auditório, e com base no estudo da prática judiciária, concluiu que as decisões se fundamentam em pontos de vista compartilhados pela comunidade jurídica em que estão inseridas. p. 142.

<sup>(4)</sup> ATIENZA, Manuel, *As razões do direito*, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000.

exame limitado que aqui se pretende. Para ATIENZA, a teoria da argumentação jurídica atinge três campos: o da produção de normas; o da aplicação de normas, e o da dogmática jurídica. <sup>(5)</sup> Enquanto o primeiro se dedica à fase legislativa das normas, o segundo pretende decidir os chamados *hard cases* ou casos difíceis relativos à interpretação e aplicação do direito. Por seu turno, o terceiro quer oferecer aos órgãos jurídicos responsáveis pela atividade da segunda, critérios auxiliares no processo de tomada de decisão, quando uma norma deva ser aplicada ao caso concreto. Assim, todas as idéias esposadas pelos diversos teóricos da argumentação partem do fato de que as *decisões jurídicas devem e podem ser justificadas* da melhor maneira possível. Desta forma, a obrigação de motivar as decisões judiciais contribui para torná-las aceitáveis, <sup>(6)</sup> e “justificar uma decisão significa algo mais do que efetuar uma operação dedutiva que consiste em extrair uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas”.

O papel dos princípios na solução dos casos concretos, conforme a técnica argumentativa <sup>(7)</sup>, nos leva a uma reflexão acerca da hermenêutica jurídica, passando agora ao pensamento de RONALD DWORKIN, nos Estados Unidos.

O papel dos princípios na normativa constitucional foi o de fornecer as diretrizes usadas para fundamentar as decisões jurídicas, evitando que o magistrado decida de acordo com sua vontade – reduzindo, desta forma, o seu grau de discricionariedade. Para DWORKIN, a distinção entre princípios e normas jurídicas é baseada em uma lógica, havendo diferença quanto ao caráter da orientação que os estabelecem: enquanto as segundas seguem a regra do “tudo ou nada”, ou seja, aplicam-se ou não à situação concreta, os primeiros, os princípios, possuem uma dimensão de peso e importância, por sua abstração e alto grau de generalidade, o que faz com que a falta de seu uso em um caso concreto não o invalide para situações futuras. Não há como prever, em relação aos últimos, todas as possíveis formas de sua aplicação, já que enunciam razões que indicam uma direção. Isso faz com que no caso da utilização dos princípios seja necessário confrontá-los à situação, para determinar se seu conteúdo é aplicável ou não ao caso concreto. <sup>(8)</sup>

Por seu turno, o jurista alemão ROBERT ALEXY <sup>(9)</sup>, posicionando-se muito próximo às idéias de DWORKIN, enfrentou a distinção entre regras e princípios, concluindo que embora ambos sejam espécies de normas, podem distinguir-se não apenas pela generalidade, mas e principalmente por sua qualidade, sendo um mandado de otimização.

---

<sup>(5)</sup> ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, pp. 18/19.

<sup>(6)</sup> *Ib. id.*, p. 25.

<sup>(7)</sup> MAIA, Antonio C., *op. cit.*

<sup>(8)</sup> DWORKIN, Ronald, “Is Law a system of rules?”, in *Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977, p. 45 e seguintes. DWORKIN desenvolveu seu pensamento a partir de um diálogo crítico com as doutrinas positivistas, criticando, em especial, o normativismo de HARD.

<sup>(9)</sup> Cf. ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Essa diferença desponta com maior intensidade quando verificamos a *colisão de princípios* e o *conflito de regras*. No primeiro caso, mister ponderar-se o *peso* de cada um dos princípios envolvidos, sem, contudo, promover a exclusão de qualquer um deles do sistema – ou seja, um *princípio cede ao outro*, diante das especificidades do caso concreto. Antes do aparecimento do caso concreto não há como determinar o grau de cada um deles, que estão todos no mesmo nível, não sendo possível verificar *prima facie* qual dos dois prevalecerá.<sup>(10)</sup> A prevalência só pode ser determinada em função das peculiaridades do caso concreto, no qual o conflito se instala. No segundo caso, o conflito de normas se desenrola na dimensão de validade, importando a prevalência de uma, na invalidade da outra, e sua conseqüente exclusão da ordem jurídica.

Assim, é preciso identificar neste caso concreto o tipo de conflito existente: se entre regras; entre regra e princípio; ou entre princípios. Aqui, estamos diante da última hipótese, ou seja, um conflito entre princípios constitucionais. De um lado a proteção da intimidade/privacidade em logradouros públicos e, de outro, a proteção à vida e à incolumidade física e do patrimônio das pessoas nesse espaço. Temos assim direitos fundamentais em colisão, e para saber qual deles deve ceder ao outro, mister aplicar os novos cânones da hermenêutica constitucional, através da técnica da ponderação e utilização do princípio da proporcionalidade.

No caso dos autos, ante a colisão de princípios, será necessário aplicar procedimentos institucionalizados que viabilizem o confronto de diversas argumentações, para afinal decidir-se o conflito, fundamentadamente, de modo a possibilitar ao operador do direito a aferição da racionalidade daquela decisão.

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (in *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 269) alerta que “para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representada pelo conflito entre princípios constitucionais ao qual se deve igual obediência, mister o recurso ao *princípio dos princípios*, o *princípio da proporcionalidade*, que determina a busca de uma solução de compromisso, na qual se respeita mais, no caso em questão, um deles, sem faltar totalmente ao respeito com o outro”.

Ainda de destacar a opinião de MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO, (in “Eficácia da Constituição: uma questão hermenêutica”, in *Hermenêutica Plural*, org. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, São Paulo, Martins Fontes, 2002) que aponta para o louvável esforço da teoria constitucional em categorizar os princípios como espécies normativas dotadas de coercitividade, ao contrário da teoria tradicional que distinguia as normas dos princípios, esvaziando significativamente a sua força e desprezando o seu conteúdo.

E, sobre a questão da colisão desses princípios, é preciso ver a posição de ROBERT ALEXY, em sua teoria dos direitos fundamentais. Começa por localizá-

---

<sup>(10)</sup> BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 251.

los topograficamente nas constituições, sob a forma de princípio, sendo comandos *prima facie*, dado o seu grau de relativização. E justamente porque não são absolutos, mas relativos, traduzindo valores e não hipóteses concretas, são passíveis de colisão entre si. Isso significa que as exigências do caso concreto irão determinar-lhes o raio de incidência.

Ainda para MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO a racionalidade a informá-los é outra; é valorativa. Na medida em que relativizamos sua incidência, fazendo prevalecer um sobre o outro, conforme as necessidades que o caso determina, maior a força dos argumentos a justificar tal medida. E para realizar esse processo, chamado de *ponderação de princípios*, é necessária a utilização do *princípio da proporcionalidade*, tido como orientador de todos os demais. Este visa a garantir a justa medida de aplicação dos direitos ou princípios que venham a incidir sobre o mesmo caso concreto.

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO identifica no princípio da proporcionalidade a norma fundamental que garante a unidade lógico-substantiva da ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático, tendo como função hermenêutica “a de hierarquizar, em situações concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo, assim, a unidade e consistência desejadas.”.<sup>(11)</sup>

Vejamos, em um quadro sinótico, seus três elementos, que a seguir serão confrontados à hipótese dos autos:

Todo ato jurídico deve ser:

**Adequado**

para produzir o resultado desejado

**Necessário**

i.e.: a escolha do meio mais ameno, que afete em menor medida o direito fundamental

**Proporcional no sentido restrito**

i.e.: o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, ou seja, a promoção de certos valores desde que com o mínimo de desrespeito aos outros

Assim, na análise do caso em questão, é preciso analisar, em primeiro lugar, se o ato da Prefeitura é *adequado*, ou seja, se os meios empregados se ajustam aos fins colimados: se a interferência na vida dos cidadãos, no espaço da via

---

<sup>(11)</sup> WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. “Princípio da proporcionalidade e teoria do direito”. In *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. [Org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho]. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 271.

pública, através do constante monitoramento de suas ações leva à maior segurança. No nosso entender, no que diz respeito a esse item, o ato é adequado. Isto porque não se interfere na vida do cidadão para tal fim, apenas transferindo-se para uma câmara o monitoramento que o policiamento já faz, mas sem a mesma extensão.

Outro argumento interessante é que o monitoramento intensivo conduz ao desestímulo da prática do crime no local assim protegido. Na Inglaterra, há uma escola de pensamento chamada de "*rational choice theory*" que encara o criminoso como alguém movido por uma racionalidade própria, que poderia assim ser resumida: a facilidade de acesso à vítima ou objeto; a possibilidade de ser observado ou surpreendido durante o ato; o lucro a ser obtido. Para essa teoria, os criminosos são movidos por uma escolha que leva esses fatores em consideração. É o famoso ditado já velho nosso conhecido: a ocasião faz o ladrão.

Conseqüentemente, o monitoramento através de câmeras de vídeo nos espaços públicos – já largamente utilizado na Inglaterra –, é considerado como uma ação eficaz de combate ao crime porque o criminoso tem consciência de que há um aumento nos riscos de sua ação, já que há maiores possibilidades de ser surpreendido. Ao reduzir-se, desta forma, as oportunidades para a ocorrência do crime, o objetivo da prevenção é atingido. Além disso, em termos de custo x benefício, o poder público gasta menos para ter um resultado mais abrangente, já que há necessidade de menos policiais para monitorar uma área maior, por um maior espaço de tempo.

Em relação à questão relativa à privacidade, é bom frisar que está em discussão o monitoramento exclusivamente na via pública, local em que tradicionalmente não há privacidade. Há inúmeros mandamentos legais e costumeiros sobre a maneira de portar-se na via pública, bem como punição para os transgressores. Aqui não se trata do poder público invadir a privacidade do cidadão em sua moradia. Aliás, já há vários espaços privados que tem se beneficiado do monitoramento como bancos, caixas eletrônicos, supermercados, condomínios, *etc.*, sem que isso tenha sido considerado um atentado à liberdade. Recentemente, tivemos o exemplo de um crime praticado em um hotel em Nova York, cujo homicida foi identificado pela análise do vídeo gravado naquele dia.

No que tange à *necessidade do ato*, ou seja, se não bastaria outro meio, como sempre foi feito, a simples vigília feita pelas autoridades. Entendemos que a necessidade do novo meio foi atingida. Com efeito, em cidades cada vez mais violentas, cujos recursos à disposição do administrador são cada vez menores – e a lei de responsabilidade fiscal não mais permite a liberalidade com as verbas do passado –, é necessária a utilização de meios modernos e eficientes de controle.

O uso de câmeras de vídeo em segurança pública não é novidade em outros países, sendo, em certas ocasiões, o único meio de se promover a investigação eficiente de certas situações, como por exemplo na Inglaterra, a investigação de um ato terrorista, cujos indícios, depois da explosão, desapareceram. Ainda na Inglaterra, segundo PEASE ( in *Crime prevention*, in

M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner (eds), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, 1997) citando vários estudos, a prevenção da atividade criminosa através do monitoramento por câmeras e vídeos utiliza 78% do orçamento do Ministério do Interior dedicado à segurança pública. Também no Rio de Janeiro está em curso uma mudança de postura nos órgãos de segurança, em que se preconiza a maior utilização do aparato tecnológico, como se vê da reportagem acostada.

Note-se que há um aspecto importante em que a filmagem traz vantagens ao cidadão, servindo de verdadeiro escudo contra atos abusivos por parte do poder público, pois infelizmente o policiamento de rua é objeto de inúmeras histórias correntes de abusos no dia-a-dia de todos os cidadãos. Assim, na ocorrência de excessos, obtém-se um novo meio de prova, fugindo-se da tradicional prova testemunhal, que normalmente só conta com a versão facciosa dos envolvidos. Aqui também, temos o exemplo recente de crime praticado em São Paulo, por policiais – espancamento de suspeitos em uma revista –, e que só foi descoberto por conta da filmagem, amadora, por parte de um cidadão.

E no Rio de Janeiro, não faz muito tempo, vimos na televisão o flagrante dos chamados “bondes”, nos quais os bandidos andam pela cidade armados e em vários carros, para o transporte de entorpecentes, através das imagens das câmeras instaladas pela Cet-Rio para controle do trânsito na via pública.

Ainda nesse item, infelizmente os meios empregados até os dias atuais, antes de se partir para uma solução de cunho mais tecnológica, obtiveram um resultado insatisfatório, o que atesta sua notória ineficiência. As ações policiais recentemente empreendidas têm se mostrado insuficientes para coibir o arrojado arsenal usado pelos criminosos, e o meio eletrônico pode ser uma das respostas às exigências da população por mais segurança com menos violência policial e mesmo perigo para o cidadão, que muitas vezes é vítima de balas perdidas.

Finalmente, no que diz respeito à sua *proporcionalidade no sentido estrito*, ou seja, na demonstração da relação entre a afetação – não satisfação – de um princípio frente a importância de cumprimento do outro, também entendemos que o princípio de um direito à proteção coletiva, que dá ao Estado a tarefa de zelar pela segurança pública, prevalece, *in casu*, sobre o da privacidade e da liberdade individual. Em primeiro lugar, porque *não há privacidade na via pública*, como bem frisou o ilustre Promotor de Justiça da 1ª. instância, pelo que nesta seara prevalece o interesse público.

E ademais, se o poder estatal tem o dever de assegurar a segurança pública, com o fito de combater a criminalidade – que, infelizmente, está em níveis assustadores –, utilizar um meio mais econômico e eficaz não se afigura desproporcional. Note-se que este monitoramento certamente não carece de regulamentação e mesmo controle por parte do Judiciário, de forma que constitui também uma proteção do indivíduo contra a violência policial, sendo certo que às ações abusivas do poder estatal corresponde sempre um remédio processual adequado.

Por outro lado, se a utilização das câmeras gera um tipo de restrição de algum aspecto da privacidade/intimidade, esta restrição se dá em porção mínima, pois o direito à privacidade/intimidade constitucionalmente garantido, em regra, diz respeito ao domicílio do indivíduo, que é o seu asilo inviolável. De resto, qualquer um pode ver o que se passa na rua, a qualquer hora do dia e da noite – inclusive por uma câmera colocada da sacada de um prédio particular. A diferença, aqui, é apenas que as câmeras são da Prefeitura. Assim, no balanço entre vantagens e desvantagens, o grau de restrição da privacidade/intimidade é de relevância bem menor que a restrição à proteção do cidadão nas ruas, que sofrerá risco de maior relevância ao seu direito à vida e à incolumidade física e do seu patrimônio.

De frisar que é na análise deste terceiro ponto que se deve analisar as questões jurídicas, já que quanto à adequação e à necessidade, ativemo-nos aos fatos.

Assim, no momento em que um princípio cede ao outro, na análise de um caso concreto, como se vê nestes autos, este afastamento da aplicação de um pelo outro se dá pelo *peso* maior que deflui desta análise àquele considerado como prevalecente. Evidentemente esta valoração não é fácil nem comporta fórmulas matemáticas, sendo grande a responsabilidade do julgador na realização desta ponderação. Portanto, somente através da argumentação poder-se-á justificar a escolha feita.

No caso dos autos, vejamos:

A dogmática jurídica brasileira sustenta que, dentre aqueles princípios que regulam a relação entre o Estado e o particular, está o da “supremacia do interesse público sobre o particular”. Nesse sentido, veja-se CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, apenas exemplificadamente, (in *Curso de Direito Administrativo*, 9ª. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 29), que afirma ser este um axioma do direito público, pois se proclama a superioridade do interesse da coletividade ao do particular, até mesmo como condição da sobrevivência e assecuramento desse último.

Mais recentemente, há manifestações de que este princípio da supremacia não mais prevalece de forma absoluta, pois estar-se-ia diante de um princípio maior que levaria ao arbítrio das razões de Estado.<sup>(12)</sup> O que existe, na verdade, é sempre uma ponderação de interesses entre o individual e o coletivo, entre o público e o privado. Essa ponderação deve ser pesquisada quando se quer aplicar um ou outro, e pressupõe a verificação de algumas condições sem as quais ele não pode ocorrer. Para o bom andamento das relações administrativas entre o cidadão e o Estado, sempre se há de ter em mente a garantia dos direitos fundamentais que a Constituição erigiu ao patamar de direitos com um maior grau de importância. Há, no entanto, situações em que relativizam-se os direitos

---

<sup>(12)</sup> Veja-se ÁVILA, Humberto, “Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular” in *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, vol. I, n. 7, disponível em [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br).

individuais em face de interesses coletivos. Não há regra clara de prevalência: estamos como diante de uma balança, a oscilar em face da situação concreta, seja em prol do interesse individual, seja em prol do interesse coletivo. Somente através da ponderação poder-se-á dirimir a controvérsia, caso a caso, pois estão em pauta princípios de ordens diversas, mas cujo grau de abstração não permite sua definição, *a priori*, todas as hipóteses de sua utilização.

Outro ponto importante, que sempre servirá de bússola na aplicação do princípio da proporcionalidade é a verificação de em que medida esse sopesamento afeta a proteção que o princípio da dignidade da pessoa humana quer garantir ao indivíduo, eixo axiológico do sistema instaurado pela Constituição de 1988. Em verdade, o que se quer saber é se dos princípios em causa, qual deles, ao ser restringido, contribuiu mais para a preservação da dignidade do ser humano. Quer nos parecer que, da análise efetuada e tendo em vista o contexto atual da vida do cidadão nas grandes cidades, a proteção de sua vida e sua incolumidade física e patrimonial deve ser valorada como mais relevante para garantir a dignidade dos cidadãos, da preservação da sua privacidade/intimidade em público.

Desta forma, da análise procedida nestes autos, emerge a constatação da prevalência da garantia à segurança do cidadão no espaço público sobre aqueles princípios que a OAB entendeu como violados.

Finaliza-se esta análise da proporcionalidade com uma conclusão extraída do esclarecedor artigo de ERNESTO GARZON VALDÉS (in "Privacidad y publicidad", in *Cadernos de Filosofía del Derecho*, vol. I, n. 21, 1998):

*"A defesa do âmbito da privacidade não deve ser uma garantia de impunidade".*

### 3.2 O PODER DISCRICIONÁRIO DO ESTADO E A SEGURANÇA PÚBLICA

São cinco os elementos dos atos administrativos: a competência, a forma, a finalidade, o motivo e o objeto. O *motivo* representa os pressupostos de fato e de direito que deflagram a atividade administrativa. Já o *objeto* equivale ao resultado jurídico que se pretende alcançar com a prática administrativa.

Por seu turno, quando a lei autoriza o administrador a estipular o melhor momento de agir – pois só ele pode definir se os pressupostos fáticos e jurídicos para a emissão do ato administrativo –, e, ainda, eleger o resultado jurídico a ser atingido, costuma-se dizer que, a Administração Pública detém *um poder discricionário*, pois tem autorização para agir segundo o seu próprio senso de *oportunidade e conveniência*. São estes dois últimos que, uma vez que a lei não os delimita de forma vinculativa, autorizam a Administração Pública agir com certa liberdade.

O termo *poder discricionário* indica um poder instrumental que objetiva satisfazer o interesse público prenunciado na lei, naqueles casos em que o

legislador absteve de detalhar o remédio adequado ao atendimento de tal público interesse. Nesse sentido, veja-se a explicação de DIOGO DE FIGUEIREDO, *verbis*:

*“ O interesse público originário é a expressão do interesse geral ou do bem comum, como se prefira, cuja satisfação é constitucionalmente cometida ao Estado, atribuindo-se-lhe os necessários poderes para tanto. O interesse público derivado é o definido de modo imediato pela legislação infraconstitucional e, de modo mediato, pela administração pública. O legislador, portanto, é quem atende imediatamente ao bem comum, uma vez que faz a “refiguração das parcelas legislativas desse interesse”; e o administrador é quem o atende mediatamente, pois necessita dessa refiguração abstrata para orientá-lo na satisfação de um interesse público concreto. ” (13)*

Assim, o poder discricionário serve àquelas situações em que o legislador não pôde definir de antemão os meios e modos de atingi-lo, deixando esse poder de decisão à Administração, para que satisfaça de modo mais eficaz o bem comum. (14)

No caso dos autos, a segurança pública é uma dessas situações, em que para atingir o interesse público – que traduz a legitimidade do ato administrativo, a finalidade de proteção como uma das funções do Estado –, é absolutamente vinculatória. Disso se pode inferir que, se o interesse público norteia a atividade administrativa (15), pois é com fundamento nele que o Judiciário exerce seu poder fiscalizador, incidindo o controle jurisdicional sempre sobre a legalidade do ato.

Ainda para DIOGO DE FIGUEIREDO, o controle da legalidade do ato discricionário, através do exame do cumprimento de sua finalidade, objetiva investigar se o administrador ultrapassou o limite legal, seja ao “valorar corretamente (ou não) o motivo” que deflagrou sua atuação, seja ao “escolher acertadamente (ou não) o objeto” (16).

Atualmente, o controle da legalidade dos atos administrativos não mais se circunscreve à confrontação com texto legal, pois sua fiscalização é realizada, em função de princípios gerais de direito, hoje alçados à condição de princípios constitucionais. Nos dizeres de CARLOS ANDRÉ SPILMANN (in dissertação de

(13) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, In: *Legitimidade e Discricionariedade*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 27.

(14) Explica MELLO, Celso A. Bandeira de, *Discricionariedade...*, op. cit., p. 43: “A discricionariedade é pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual é a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de Direito.”

(15) Esse asserto é representado por um princípio do direito administrativo, o princípio da supremacia do interesse público, que é o que justifica que se arroguem à Administração Pública certas prerrogativas e privilégios de natureza material e processual.

(16) *Op. cit.*, p. 50.

Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação, PUC-Rio, mimeo conosco):

“Trata-se da tentativa de superação do positivismo legalista, através do recurso aos denominados princípios jurídicos, o que, no caso do Direito Público, encontra um terreno ainda mais fértil para prosperar. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito Administrativo, o controle do ato discricionário, embora sem escutar o seu mérito, já que ao juiz não cabe sub-rogar a atividade do administrador, sob pena, aí sim, de afronta ao princípio da separação de poderes, é realizado através da acareação do ato discricionário com o Ordenamento Jurídico e não meramente com a lei. Assim, o controle judicial, incrementado pelas novas técnicas, notadamente mediante o recurso a princípios jurídicos, fez crescer a responsabilidade do Judiciário na sua interação com a Administração Pública cresceu na mesma proporção.”

Isso demonstra que os tribunais não podem mais dispensar uma perspectiva tópica-argumentativa do Direito. São essas tais imposições à prática judiciária diuturna que relativizam o princípio da separação dos poderes e deslocam o Poder Judiciário de sua velha função, sob a ótica eminentemente privatista, de solucionar controvérsias entre particulares, adicionando-lhe gravosa a missão de participar concretamente das decisões políticas.

Por todos os motivos expostos, somos pelo conhecimento de ambos os recursos, mas no mérito pelo provimento apenas do 2º., para que a ação mandamental seja extinta, ou se ultrapassada esta preliminar, seja a ordem denegada.

**É o Parecer.**

Rio de Janeiro, 27 de maio de 2002.

NADIA DE ARAUJO  
Procuradora de Justiça